Alleg. 24 12. 9 11



POR DOÑA LEONOR DE LA CERDA, HIJA DE GONZALO SVAREZ, PRIMERO LLAmado, y sucessor al vinculo y mayorazgo, que fundó Gonçalo Suarez su padre.

CON Doña Aldonça de la Cerda, hija de Don Alvaro de la Cerda.

EN EL ARTICVLO DE ALIMENTOS prouisionales, pedidos por ambas partes.

Diceptationis Præfatio, & facti series.

PARA Que en este articulo obtenga Doña Leonor de la Cerda los alimentos que pide, supuesta la pobreza que padece, necessita tambien de hazer demonstracion de los principales fundamentos en q̃ consiste su intento, de cuyo conocimiẽto resulta no solo que tie-

ne vrgentiſsima, y muy vehemente preſumpcion de juſticia, pero que Doña Aldonça no tiene derecho en ſu oppoſicion, y por neceſſario conſeguirà Doña Leonor los alimentos prouiſsionales, que ſe negaràn a doña Aldonça, cum pro illa *præſumptio boni, imô melioris iuris vrgeat*, contraria verò omni iuris ratione ſit deſtituta, tex *in l. ſi inſtituta 27. §. de inofficioſo. ff. de inofficioſo teſtam.* ſecundum intellectum cõmunem, Dom. Molin. *de Hiſp. primog. lib. 2. cap. 16. num. 37.* Menoch. *de præſump. lib. 1. præſump. 35.* Dom. Couarr. *pract. c. 6. n. 6.* Petrus Surdus *de alim. tit. 1. q. 112. nu. 27.* Valaſc. *conſult. 1.* D. Don Iuan del Caſtillo *tom. 3. contr ou. cap. 27.* vbi latiſsime.

Y porque por parte de Doña Aldonça ſe à eſcrito informació en derecho, es obligacion ſatisfazer a ella, tanto magis, quod eius auctor magna feſta faciat, en que el Abogado de Doña Leonor *ya que ſe animò en Eſtrados* (ſic ait) *a dezir in voce en ſu fauor, no aſſi empero afirmarlo por eſcrito.* El Abogado de Doña Leonor firmara eſte papel, porque las reſoluciones que aqui ſe fundaràn ſõ obſeruaciones ſuyas tan ciertas, e indubitables en derecho, vt ſufficere eas ſolummodo in voce proponere excogitauerit, nec prælo mandare, neceſſe, y mas oſſadia es pro Roſtris coram tanto Senatu informar en derecho, que eſcriuir en el, *ni el Abogado contrario ſe atreuiera a dezir in voce en los Eſtrados, las propoſiciones, y doctrinas que oſſò firmar en ſu papel*, gaſtando del la mayor parte en invectiuas contra los defenſores de Doña Leonor, a quien dize, q̃ ningun Abogado de Cõſejos, ò Chancillerias patrocinara, y que muchos deſta Audiencia la deſengañaron (no fue el contrario, ſino ſu primero voto) y quanto claro procede en eſto, en lo principal quam difficile eſt, quid ſenſerit, agnoſcere. vt merito cùm *Goueano* in *Eguinarium* mouear in eum: *ecquem tã ſtupidum fore putaſti, qui tua ſine riſſu legeret? næ tu comicorum aduocatorum modo incertiores nos multo dimittis, quam acceperas?* y aunque le eſcuſa con dezir, que reſponde a vn papel firmado de vn Religioſo, deudo de Doña Leonor, *cuya piedad fuera mas auentajada, ſi deſengañara a ſu parienta*, modeſtiùs procederet, ſi pagellas in reffutãdis noſtris opinionibus textu, vel doctrina conſumeret, y no en moralidades, y admiraciones; in illis non religio, ſed ſuperſtitio eſt, in his nihil ponderis, multum petulantiæ. Hæc ita, *vt ſi ſiquam maledicendo* (quod de Cicerone Saluſtius) *voluptatem cæperit, eam malè audiendo amittat.* y con pretexto de que impugnaua al Religioſo, nõ

debuit

debuit de resolutionibus iuris quibus Actrix deffenditur, cõtumeliosse loqui, vt bené cũ Hieronymo: *Si in deffensionem meì aliquid scripsero, in te culpa est, qui me prouocasti, non in me, quia respondere compulsus sum.* que provocacion à sido sic arrogãtèr procedere en la defensa de Doña Aldonça, inqua (liberè dicã) dormitauit aliàs vir doctissimus, porque desconocimos su informe, cum illic nulla litera videatur esse Iurisconsulti.

Ad rem igitur, van conformes las partes en el caso deste pleyto, que breuemente sic se habet. Gonçalo Suarez fundó vn mayorazgo, en que se halla esta clausula.

CLAVSVLA.

PRimeramente con tal cargo, que aueys de suceder, e sucedays en el dicho donadio, e bienes del vos el dicho Gonçalo Suarez mi hijo, y despues de vos vuestro hijo mayor varon legitimo de ligitimo matrimonio auido, y procreado, y decẽdientes de varones legitimos del, prefiriendo el mayor a el menor, y assi de vno en otro en todos vuestros hijos varones, e decendientes varones dellos. Y a falta de los varones, e descendientes varones dellos, sucedã las hijas legitimas hembras, e decendientes, o descendientes de varones, y varones legitimos dellas, precediendo siempre en la via masculina, y en la femenina el mayor a el menor, y el varon a la hembra, aunq̃ ella sea mayor en edad, e ygual en grado, siguiendo siempre a el posseedor vno solo, y en poder de aquel estando, e permaneciendo los dichos bienes juntos, e indiuisibles, e inalienables, y prescriptibles, libres de enajenacion, y en todas maneras sujetos a restitucion. I si de vos el dicho Gonçalo Suarez mi hijo legitimo no quedaren varones, ni hẽbras legitimas de ligitimo matrimonio auidos, que conforme a lo que dicho es, sucedan en los dichos bienes, en tal caso aya Diego de Birues mi hijo legitimo, &c.

Gonçalo Suarez primero llamado tuuo tres hijos, a don Gonçalo de Zuñiga primogenito, a doña Leonor de la Cerda secundogenita, y a don Aluaro de la Cerda vltimogenito. Posseyò don Gonçalo de Zuñiga el mayorazgo, y en vida deste muriò don Aluaro tercero hermano, dexando por su hija a la dicha doña Aldõça, que para hazerla legitima, dizen, auerse casado a la hora de su muerte con doña Iuana de Salazar, con quien muchos años auia tenido amistad illicita, de que procedio la dicha doña Aldonça. Despues de muerto don Aluaro, murio dõ Gonçalo de Zuñiga, posseedor del dicho mayorazgo, sin dexar hijos, ni descendiẽtes,

 preten-

pretende el mayorazgo de Gôçalo Suarez doña Leonor, hija del primero llamado, y doña Aldonça hija de don Alvaro, representado a su padre.

In qua diceptatione pariter nobis agẽdum est, de que la dicha doña Leonor tiene llamamiento y vocacion expressa, y que ha venido el caso de suceder en el dicho mayorazgo, y que del està excluyda la dicha doña Aldonça, o por lo menos que no ha llegado el caso de suceder la susodicha, porque le obsta la dicha Doña Leonor. quæ in capita promiscuè tractanda sunt.

CAP. I.

Qué Doña Leonor de la Cerda tiene llamamiento expresso, ỹ à venido el caso de suceder en el mayorazgo de Gonçalo Suarez.

Num. 1.
Fundase de la clausula, q̃ tiene llamamiẽto expresso Doña Leonor, acabada la linea masculina de los descendientes varones de los hijos varones.

CONsta de la clausula, que el fundador llamò a Gonçalo Suarez, y a sus hijos, pero diuidiendo, como diuidió las lineas, segun los sexos, y assi quiso que primero se admitiessen los hijos de Gonçalo Suarez, y si estos dexassen sucessores, se admitiessen con calidad de que fuessen varones, de forma que el primero llamamiento es de los hijos varones, y de los descendientes varõnes de los dichos hijos varones, ibi: *Y despues de vos vuestro hijo mayor legitimo de legitimo matrimonio auido, y procreado, y descendientes varones del*: & statim: *Y assi de vno en otro en todos vuestros hijos varones, y descendientes varones dellos.* Acabada la linea masculina llamó a las hembras: *Y a falta de hijos varones, y descendientes varones dellos, sucedan las hijas legitimas hembras.*

Num. 2.
Ex ipsa clausula aparet discretas esse lineas masculorũ, videlicet ex masculinis descendẽtium á linea fæminarum.

Por manera que segregó la linea masculina de hijos varones de Gonçalo Suarez con todos sus descendientes varones, de la linea de las hijas hembras del dicho Gonçalo Suarez. Cõstat euidenter linearum diuisio ex verbis clausulæ relatis, & ibi: *Precediẽdo siempre en la via masculina, y en la femenina, &c.* & ibi: Y *si de vos el dicho Gonçalo Suarez mi hijo legitimo no quedaren varones, ni hembras.*

Num. 3.
Que acabado el llamamiento de descẽdientes varones de hijos varones de Gõçalo Suarez primero llamado, en-

Muerto pues Gõçalo Suarez, dum de succesione agitur siguiẽdo el llamamiento fue admitido don Gonçalo su primogenito, cuyos hijos varones tenian inmediata sucesion, pero murio sin ellos, con que bolvemos a apurar si del dicho Gõçalo Suarez primero

mero

mero llamado, ay otro descendiente masculino descendiente de varon, & euidenti euidentius est, que quando muere don Gonçalo de Zuñiga, nec eius, nec patris vllum successorem masculũ extare, porq̃ don Alvaro tercero hijo de Gõçalo Suarez auia muerto antes de la vacante del mayorazgo. Ergo como no hallemos *hijos varones, ni descendientes varones dellos,* necessariò succesio defferenda est a las hijas hembras del dicho Gonçalo Suarez; porque la linea masculina se acabó en el vltimo sucessor varon, y esta fenecida comiença la linea de las hembras.

tra Doña Leonor hija del susodicho, y no las descendiẽtes de hembras de los dichos hijos varones.

Bien claro està el llamamiento expresso, y literal de la mesma clausula, que es la ley q̃ ha de sentenciar este pleyto *auth. de nupt. §. disponat. col.* 4. cuyo tenor inviolablemente se deue obseruar. *l. cum ita legatur.* 33 *§. in fideicommisso.* ibi: *Nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.* & iterùm: *Hi enim ad petitionem admitti, qui nominati sunt, & post eos omnes extinctos,* text. *in c. 1. de duobus fratribus.* ibi: *Propter tenorem inuestituræ.* text. *in l. 40. Tauri.* ibi: *Saluo si otra cosa estuuiere dispuesta por el que constituyò, y ordenô el mayorazgo.* tex. *in l. 45. Tauri.* ibi: *Que segun la disposicion del mayorazgo houiere de suceder.* Doctores communiter Scribentes *in d. l. cum ita legatur. 33. §. in fideicom.* Menoh. *cõs.* 200. *ex nu.* 6. Paris. *cons. 39. n. 49. lib. 2.* Peregrin. *de fideicomm. art. 21. nu.* 23. cum sexcentis alijs iuuat Castellus *lib.* 4. *controuers. cap.* 10. *ex num.* 6.

Num. 4.
Ex testatoris mẽte vocatos fore admittendos, secundũ vocationis verba, & tenorem.

Sed iam decretum est oraculo cœlesti, *qui tantum verba sectatur nihil habebit, qui autem pessessor est mentis, diligit animum suum.* Prouerbior. *cap.* 9. Por lo qual no solo fundamos el intento en la corteza literal de la disposicion, sino en la intencion y mente del testador. *l. cum auus.* 102. *ff. de condit & demon. l. cum in testamento 24. ff. de rebus dubijs. l. ex facto 17. §. si quis rogatus. el primero. ff. ad Senat. cõs. Trebel. l. Titius 25. §. Lucius. ff. de liberis & posthum. l. cũ heres 47. in princ. ff. de leg. 1. l. si seruus plurium 50. §. vltim. ff. eodẽ. l generaliter 6. §. cum autem. C. de instit. & substit. l. cum acutissimi 30. C. de fideicom.* De la qual deducimos con toda euidencia, que doña Leonor es la inmediata sucessora.

Num. 5.
Non solũ verba verũ testatoris mens consideranda.

Porque quando hizo lineas discretiuas el testador vocando masculos, & ex eis masculos descendentes, & post eos extinctos fæminas inuitãdo *tùnc in vocatione masculorum non possunt cõprehendi fæminæ, sed vnusquisque succedet quãdo venit cassus suæ particularis vocationis, aut substitutionis,* sic asserit Baldus *in l. in multis.*

Num. 6.
Auiẽdo llamamiẽto de varones, sucede la hẽbra por su particular vocacion. Ex Bald. & Castel.

tis.ff.de statu heminum, quem communiter esse receptum testatur Dom.Castil.*controuers.lib.5.cap.91.num.83.*

Num.7. *Ex principio allegato primô infertur, que en el llamamiēto, quo successit pater no es cōprehendida doña Aldonça, quia fæmina.*

Ex quo iuris principio ineuitabilis deducitur illa sequella, que la linea de varones se acabó en don Gonçalo de Zuñiga, y q̃ doña Aldonça no es de la linea de varones (sic itaque discretis & masculorū, & fæminarum lineis) y asi no deue ser admitida, por dezir que es de la linea de varones; porque esta linea fue priuilegiada en quanto el sucessor en ella fuesse varon, y siendo hembra no tiene en ella consideracion la linea, quæ vltimo expirauit masculo. Optimé Dom.Molin.*lib.1.de Hispan prim.cap.6. nu.*38. ibi: *Consequens est, vt in vocatione facta de linea masculorum fæmina vocata censenda non sit.* & rursus *lib.3.c.5.n.69.* donde tratãdo del mismo llamamiēto de varones descendientes de varones, dize q̃ en el *fæmina quæ ex masculis descendit non censebitur sub ea vocatione comprehensa.*

Num.8. *Secundo inffertur, quod ad hoc vt ex vocatione illa possit quis succedere, non solum descendentem ex masculo, sed se eße masculum fore necessarium. Bonumque affertur Consilium Gozadini.*

Altera oritur conclusio scilicet, que para q̃ doña Aldonça quiera suceder por comprehẽdida en esta linea de varones, no le basta descender de don Aluaro su padre varon invitado a esta sucession, sino trae cõsigo la calidad de masculinidad, mediãte la qual se auia de introduzir su padre en la dicha linea, sic inferunt noui Additionatores ad Molinam, *dict lib.1.cap.6.num.*38.ibi: *Vbi de linea masculina sit mentio, filia quamuis ex masculo procedēs sub lineæ masculinæ vocatione non continetur,* Alciat *in l.Gallus 29.§. nunc de lege.num.9.ff.de liber & posth.*Curt.Iunior *cons.154.num 13.* quãqué benè Gozadinum afferunt *cons.87 num.15.*dicentem:*quòd in hoc cassu duo quis probare debet, primô quòd descendat ex masculis per lineam masculinam, secundò quod ipse sit masculus, &c.* Y asi importa poco que doña Aldonça sea hija de varon, pues no por esso se comprehende en la linea de varones, que espirò con el vltimo varon descendiente del dicho Gonçalo Suarez, que fue su primogenito don Gonçalo.

Num.9. *Ex deffectu masculinitatis reijcitur fæmina á vocatione facta virorum, & cōstituitur differentia inter vocationem simplicē descendentium ex masculis, & vocationem descendentium masculorum.*

Y asi en aquella question quando estan llamados los hijos varones, y sus descendientes vtrùm se comprehenda la hembra descendiente de varon? es constante (si el llamamiento es como el de nuestra clausula) que no es comprehẽdida la hembra, como doña Aldonça, que porque su padre fue llamado vt masculus in linea virorum, ella no deue gozar de essa vocacion por faltarle la calidad d̃ masculinidad, quà illa eminebat linea. Est locus ellegãs D.Ioannis del Castillo. *d.lib.5.cap.91.num.83.* ibi: *Deinde obseruãdum*

dum quod resolutiones traditæ eodem cap. 2. in faborem fœminæ per lineam masculinam descendentis procedunt in his terminis in quibus ibi sermonem institui, quando scilicet descendentes per lineam masculinã vocantur: secùs autem statuendum esse, quando linea masculina, aut linea virorum, seu masculorum vocatur, tũnc nãque etiam omnes illi qui pro fœmina responderunt, & ibi commemorant, cõtrarium supponere videntur, & fœminam non comprehendi præsentiunt apertè. & statim: *Et in proprijs terminis sic explicauit Gregorius Lopez in l. 2. tit. 6. p. 4. in verbo. linea de parentesco. in finalibus verbis. dicens quod hic cassus quando scilicet vocatur linea virorũ vulgo de varones, siuè masculorum, est diuersus ab eo, in quo descendentes per lineã masculinã vocãtur: & ratio est, quia licèt fœmina ex masculo possit dicere se venire per lineam masculinam nullatenus tamen dicere potest, quod ex ipsa linea masculorum est.*

De que se consigue q̃ la hembra descendiẽte de varon, como doña Aldonça tiene expressa exclusion ex capite lineæ masculorum, porq̃ en el vltimo varon descendiente de varon se acaba aq̃lla linea, y q̃ como se à de recurrir a la linea fæmenina, se buscarà en ella la hija del primero llamado, q̃ es doña Leonor, la que tẽga mejor grado, o en edad sea mayor. Num. 10. *Que doña Aldonça tiene expressa exclusion en el llamamiẽto de su padre, y que el vinculo toca a doña Leonor de la Cerda.*

CAP. II.

Refutanse los argumentos de doña Aldonça de la Cerda contrarios a las proposiciones alegadas.

EX Iuris illa ratione, quam *superiori capite* proposuimus, nostri aduersarij argumenta diluenda sunt, in quibus aliquot deprehenduntur errores. Num. 1. *Fundase, que Don Aluaro fue predilecto, y de linea predilecta por ser varon descendiente de varon primero llamado, pero q̃ no pudo constituir linea ygualmente predilecta para sus descendientes hembras.*

PRIMVS ERROR ADVERSARII.

EL primero es dezir, *que la linea de don Aluaro fue predilecta a la de Doña Leonor*, quod sic simpliciter, absurdum est, porq̃ vt dixi, la linea de varones fue la predilecta, y primero llamado Gonçalo Suarez, y sus hijos varones, y en los descendientes varones de los hijos varones de Gonçalo Suarez se acaba el llamamiento, y la prediliccion de aquella linea, *atquæ conditio ad certas personas acommodata fuerit, eam refferre debemus ad eum duntaxat*

gradum

Num.2. *gradum, quo hæ personæ institutæ fuerunt.* Iauoleni verba *in l. quæ cõditio 39. in fine principij. ff. de cond. & demonſ.* q̃ no porq̃ a los hõbres dio la ley Iulia acuſacion de adulterio, la podran intentar las hembras. *l. 1 C. ad leg. Iul. de adulter*, ibi: *Quæ cum maſculis acuſandi facultatem detuliſſet, non idem fæminis priuilegium detulit.* quam affert Molina *lib. 3. c. 5. nu. 30.* ibi: *Tertia concluſio ſit, quod etiam ceſſãte agnationis ratione maioratus inſtitutor ex ſola maſculorũ vocatione, ex natura, & proprietate huius verbi, maſculus, fæminas excludere cenſendus ſi, ad poſsionem namque maſculorum ſequitur excluſio fæminarum,* vbi multa cõgerit & iura, & autoritates, præſertim Bartholum dicentem *ex vocatione maſculorum cenſeri fæminas excluſas*, & optimo donat interpretamento *legem. cum auus 102. ff. de cond. & demonſ.* & alias. D. D. Ioan. del Caſtil. *controu. lib. 2. c. 4. nu.* 79. vbi, *quod verbum ipſum, maſculos, abſque vlla ratione conſeruandæ agnationis expreſſa, vel ſubintellecta, ſui natura excluſiuum eſt fæminarum.* Por lo qual no ſolo no puede ſuceder Doña Aldonça por eſte llamamiẽto, quo Pater erat inuitatus, ſed omnimodo eſt à ſucceſsione excluſà ſecundum vocationem illam hoc eſt, por auer el fundador llamado *a Gonçalo Suarez, y a ſus hijos varones, y deſcendientes varones dellos*, porque el deſcendiente varon no pudo conſtituir linea calificada cõ aquella cauſa de predilecciõ, mediãte la qual el repelia a la hermana mayor en edad. Y aſsi Don Alvaro era de linea predilecta, por ſer hijo varon de Gonçalo Suarez, pero no pudo dexar en la miſma linea a Doña Aldonça ſu hija, porque en el eſpiro el llamamiento, y en eſta falta la cauſa de predileccion. optimè Dom. Caſt. *d. lib. 5. cap. 92. nu.* 60. ibi: *Vltimo etiam non obſtat, ſi dicatur prædilecta aliqua perſona videri quoque prædilectos omnes eius deſcẽdẽtes, vt quemadmodum illa, ita & ipſi præferantur in ſucceſsione, vt cum alijs multis authoribus tradidit Peregrinus art. 27. num. 13. & facit Molina lib. 3. c. 6. nu. 29. quia reſpondetur ex præſumpta voluntate diſponentis id procedere, prout omnes authores à Peregrino relati conſtituunt, & idcirco ex contraria præſumpta, & veriſimili magis voluntate ceſſabit, vel quando deficiat* (hic bonum) *ratio, ob quam perſonæ deffunctæ prælatio conceſſa fuit, & ſic prædilectionis.* Por manera q̃ por el meſmo tenor de la clauſula ſe funda, y por la intencion del fundador ſe conoce con toda euidencia, que por razon de linea (aunque ſea deſcendiente Doña Aldonça de don Aluaro) no tiene llamamiento con la predileccion que le tenia ſu padre.

Vocatio maſculorũ eſt excluſio fæminarum, quãuis nulla fuerit teſtatori conſeruandæ agnationis ratio.

Num. 3. *Deficiente in ſucceſſore qualitate prædilectionis, quæ in deffuncto aderat, nõ eſt prælatio deſcendẽtis.*

Rur-

Rursus, porque si el fundador llama *a Gonçalo Suarez, y a sus hijos varones, y descendientes varones dellos*, y en este llamamiẽto excluye a las hembras descendientes de varones, a quien tan lexos estuuo de mostrar predileccion, que expressamente llamó a los varones con exclusion dellas, en quãto a este llamamiento, & iam est dictum, quod si vocatio in masculis circunscribitur, ad fœminas porrigi non debet, *tùnc namque dispoßitio operaretur vltra intentionem disponentis*, contra textum *in l. non omnis 19. ff. si cert. petatur.* cũ vulgatis. *nec à significatione verborũ testatoris recedi oportet.* text. *in l. non Aliter. 69. ff. de leg. 3.* Curt. Iun. *cons.* 103. Cephal. *cõs. 263. in fin.* si voluntad tan expressa bonis cõiecturis ornati placet, quis eat inficias, que amó mas el testador a doña Leonor de la Cerda su nieta, hija legitima del primero llamado, hermana legitima del vltimo sucessor, q̃ a doña Aldõça hija legitimada por don Aluaro, viznieta del fundador, inferior en grado, menor en edad, auida de illicito concubito, y defectuosa, en quanto al caso presente en la calidad de legitima? in terminis Gregor. *in l. 2. tit. 15. p. 2.* ibi: *Sed pone quod pater fecit maioriam in filium maiorem, & eius descendẽtes masculos, & in eius defectum in filiũ secundũ, & eius descendentes nõ repetens de masculis: contigit quod filius maior habeat filiam, secundus etiam habet filiam, deinde moritur secundus filius, & posteà primus. Filia secundi petijt maioriam dicens non fuisse quoad eam repetitũ de masculis, & quod filia primi debet excludi, quia vocando masculos fœminam videtur exclusisse, filia vero primi dicit nõ esse verosimile, quod voluit præferre filiam secundi filij filiæ primi. quæritur quid iuris? & pro filia primi facit ista lex Partitarum cum dicit, O hija, & quæ notat Baldus in l. Gallus. §. etiam si parente, ff. de liber. & posth.* fortitèr iuvat Castellus *d. c. 92. nu. 59.* suponiendo q̃ si viuiendo don Aluaro, propter eum Leonora excludebatur, non sic propter eius filiam, ibi: *Negatur namque habere expressam exclusionem absolutè, conceditur tamèn eam habere respectu masculorũ, & ita licèt propter masculos exclusa fuerit, ad quod testator principalitèr respexit, vt dum posset agnationem cõseruaret* (que es lo que quiere Gonçalo Suarez en el llamamiento del primero, y de sus hijos varones, y descendientes varones dellos) *non tamen respectu fœminarum quarum respectu habet tacitam vocationem, & voluntatem præsumptam eo cassu, quia testator eam exclusit propter masculos, sed non excluderet propter fœminas descendentes filij secundi, si cum cassum cogitasset cum ve præuenisset, tùnc namque verisimilitèr*

Num. 4. *Illicitur Leonorã, nõ exstãtibus descendentibus masculis ex masculis Auo fuiße prædilectam.*

Num. 5. *Affertur insignis ad caßum Gregorij locus pro filia primi, etiam si altera fuisset ex secundo vt masculo ad maioriã inuitato, & sororem excludente propter masculinitatẽ.*

Num. 6. *Conuincitur quod licet testator Leonorã propter masculos excludat, non autem eam propter fœminas descendentes ex masculis cẽsendus sit exclusiße. ex mirifico Castelli.*

liter

liter credendũ est, quod filiam filij maioris præferret, vnde id pro cauto & expresso habendum est. Luego bien diremos, que Doña Leonor es la predilecta, y la llamada a la sucesion fenecida la linea de los varones. Mant. *de tacit. & amb. lib. 6. tit. 11. num. 12.* ait: *Verisimilius est, quod magis dilectus à testatore sit vocatus, & ita voluntas testatoris debet intelligi, vt minus dilectus non præferatur magis dilecto*, tenent cum antiquis Aluar. *de coniect. lib. 4. cap. 1. nu. 7.* Azeued. *consil. 16. num. 14.* Casan. *consil. 10. num. 42. & consil. 47. n. 27.* Dom. Castil. *d. lib. 5. cap. 84. num. 13.*

SECVNDVS ERROR ADVERSARII.

Num. 7. *Satisfazesse a la objeccion de doña Aldonça, y se funda, que la susodicha por representaciõ no puede excluyr a doña Leonor de la Cerda.*

ALter & non leuis succedit error, en que el contrario incurre, *fol. 5. en la respuesta al segũdo fundamento*, en que afirma, que por la *ley 40. de Toro*, y por la *Pragmatica del año de 1615.* de tal modo representa doña Aldonça a su padre, que como si viuiera, no obtuuiera doña Leonor, assi, muerto, precede doña Aldonça a su tia, porque dize: *Preguntesse a doña Leonor, si al tiempo desta vacante fuera viuo don Aluaro de la cerda su hermano, si le pusiera, o tratara de poner pleyto? pues esso mismo es con su hija doña Aldonça.* Nihil inconsultius excogitari valet.

Hic error ipsis *lege Taurina, & Sanctione Pragmatica*, apertè confunditur, presupuestos los derechos, y doctrinas, quas adduximus, porque la representacion de la *ley 40. de Toro*, procede como manda la Pragmatica, *en todos los casos, tiempos, lineas, y personas en que los ascẽdientes ayan muerto antes de suceder en los tales mayorazgos, aunque la muerte aya sido antes de la institucion dellos*, y no se niega, que en todo aquello que es representable don Alvaro, le represẽtara su hija para otros efectos, pero en quãto a nuestro vinculo, como el testator vocationibus certis succedendi normã constituit, non possumus egredi voluntatis notissimos terminos, y assi si el llamamiento de don Aluaro se incluye en el llamamiẽto de los hijos varones del primero llamado, y en el solo se llamã los descendientes varones de los dichos varones, nihil causæ est, que por representacion quiera suceder doña Aldonça, quãdo nõ est cõprehensa, sed exclusa in vocatione, quà pater invitabatur; q̃ justamẽte Peralta *in Rubrica. ff. de hæred. instit. n. 122.* alabo la modestia, y rectitud de la *ley 40. de Toro* en preseruar de su decission a las disposiciones vltimas de los testadores, ibi: *Saluo si otra cosa estuuiere dispuesta por el que primeramente constituyò, y ordenò el ma-*

Num. 8. *[Q]ue la representa[ci]on de la ley de [T]oro, y Pragma[ti]ca del año de 15. [n]o procede auien[do] llamamiento en [co]ntrario.*

yo-

yorazgo, que en tal caso mandamos se guarde la voluntad del que lo instituyó. La de Gonçalo Suarez es expressa en no admitir en el primero llamamiento mas que *a Gonçalo Suarez su hijo, y sus hijos varones, y descendientes varones dellos,* y como doña Aldonça no sea descendiente varon, no deue ser admitida por la representacion de la ley de Toro, quando por el llamamiento por donde era admitido su padre, es ella excluyda expressamente, nisi cum Virgilio canat.*lib.1.Æneid.*

Audetque viris concurrere Virgo.

Igitur ex voluntate testatoris intrepide asseuerandum est representationem in vocatione ista masculorum à fæminis fieri non valere, porque fuera querer ampliar a las hembras el llamamiento que se restringió en los hombres. Exornant D. Molin. *de Hisp. primog.lib.3.cap.*8. Præsul Couar.*practic.cap.*38.*num* 10. Ioan. Gutier.*lib.3.pract.q.67.* Regnicolæ, præsertim Auendaño *in d.l.*40. *Tauri.* latissime Castil.*lib.3.controu.cap.*19. præsertim.*nu.* 282. Robles *de represen.lib.1.cap.*13.

TERTIVS ERROR ADVERSARII.

Minus excusabilis tertius præcedentes comitatur error, q̃ cōsiste tambien en querer, que en fuerça de la dicha *ley* 40. *de Toro,* y de la dicha *Pragmatica del año de* 1615. de tal modo represente a su padre doña Aldonça, vt Amittam excludat, porq̃ (quādò, vt nunc dicebamus, no fuera contra el intento, y disposiciō del testador induzir en este caso representacion) adhuc no puede doña Aldonça representar a su padre de modo que excluya a la tia, la razon es, porque la representacion por la ley de Toro, y dicha Pragmatica podria obrar (nisi aliud dispossuisset testator) que doña Aldonça se admitiera para representar el grado de don Aluaro su padre, porque linea, iam sat scriptum est, que por ser predilecta, y faltar en doña Aldonça la causa de predileccion de la linea de su padre no la tiene sic vt ille, primogenitura, ni mayor edad, supuesto q̃ el padre era hermano menor, no las puede representar en este caso, porq̃ estas calidades no se hallarō en el represētado. Por el grado, aūq̃ le represente, nihil faciet, pues cō essa representacion podrà ponerse en ygual grado a el vltimo posseedor con la dicha doña Leonor de la Cerda, quo cassu vt ætate maior hæc obtinebit, Nunquid ergo representare vult masculinitatem? & asserere

Num.9. *Que la representacion en este caso por la ley de Toro, y por la Pragmatica de 15 no es suficiente, para q̃ por ella pueda doña Aldonça excluir a su tia.*

Num.10. *Que linea predilecta, primogenitura, mayor edad, no puede representar doña Aldonça en el caso deste pleyto, y q̃ si por algun medio pudiera excluir a doña Leonor, seria representando la masculinidad de don Aluaro.*

 vera

vera Nasonis commenta? & Cænidis posibile votum? aut credit duplici natura Hyænam. *Metamorp. lib. 12.*

Magnum, Cænis ait facit hæc iniuria votum,
Tali pati iam posse nihil, da fæmina ne sim,
Omnia præstiteris.

& *lib. 8.*

Et iam non fæmina Cæneus.

& *lib. 15.*

Si tamen est aliquid miræ nouitatis in istis,
Alternare vices, & quæ modo fæmina tergo
Passa marem est, nunc esse marem miremur Hyænam.

Porque si quiere excluyr a la tia por representar a su padre, y en primogenitura, y mayor edad vence doña Leonor, y en grado, quando mas, se ygualara con ella la sobrina, necessarió illicitum appetit, porq̃ dō Aluaro excluyera a doña Leonor no por grado, pues gozauan vno mismo, no por primogenitura, ni edad, pues dō Aluaro era menor, sino por la masculinidad, mediante la qual potiori iure frater fungebatur, & constituebatur in linea masculorum magis dilecta, scilicet, quia masculus ex masculo descēdēs, y esto es lo que no puede representar doña Aldonça de la Cerda.

Num. 11. *Fundase q̃ la masculinidad de don Aluaro no puede ser representada por doña Aldonça de la Cerda su hija.*

Barth. *in l. 1. §. si sit filius, ff. de coniug. cum eman. lib. eius,* ibi: *Quia quod dicitur, quod nepos in locum patris succedit expone, idest; in gradum suum; non intelligas, quod ex persona patris, sed ex persona sua.* Melius Alberic. *in auth. itaquè, C. communia de success. colum. fin. in med.* ibi: *Et licet hæc neptis admittatur ad auitam successionē ex persona patris admittitur tamèn, vt ipsa, & sic vt fæmina,* & rationē assignat, ibi: *Occupat enim hic neptis filij gradum, sed non sexum.* Y en proprios terminos de la representacion de la dicha *ley 40. de*

Num. 12. *Representatio ex l. 40. Tauri non operatur, vt masculinitas repre-sētetur, nec quod natura impossibile est, legis fictionem capit, & affertur insignis Molinæ locus, & alter non contemnendus Riberæ.*

Toro, doctissime Molin. *de Hisp primog. lib. 3. cap. 6. nu.* 48. vbi edocet la fuerça que tiene esta representacion, en quanto a la primogenitura, y la primera razon pone por estas palabras: *Quia si ad gradum verba hæc* (legis scilicet, quæ retulerat) *refferenda essent, neptis ex filio primogenito non posset ex representatione gradus parentis filium secundo genitum masculum excludere, cum masculinitas parentis in filiam trasmitti non posit, nec etiam ab illa representari, vt inquit elleganter Barth. in l. liberorum num. 13. ff. de verborum sign. cuius doctrinam sequantur Raphael Fulg. Alex. num. 5. Iassonnu. 6. Dec. nu. 7. & cæteri Scribentes in l. venia, C. de in ius vocan. Alciat. lib. 1. de verb. signific. num. 28. Peralta in l. cum ita, §. in fideicom.*

ff. de

*ff.de leg.2.nu.18. Aymon.cons.108.num.1. Ceph.cons.13.nu.9. Port. cons.6.num.68.& cons.2.nu.17.*idem *eodem lib.3.c.8.n.8.* Aluarez Riber. *de success.Reg.Port.Art.4.n.*115.ibi: *Cum igitur neque in genere, neque in specie possibile sit, quod fæmina aliquo tempore sit masculus (accidentia enim non possunt secundum Philosophum migrare de subiecto in subiectum) sequitur vt representatio masculinitatis non possit dari in fæmina, etiam si in locum patris subintraret.* Y ya esta opinion se puede considerar ley en Castilla, pues por ella obtuuo el señor Rey Don Phelipe Segundo la sucessión de Portugal, que pretendia la Duquesa de Vergança, queriendo representar la varonia del Infante Eduardo su padre, quam si representare potuisset, invictissimus Regno careret. Auedaño *in l.40. Taur.glossa 9.nu.*75.D.Castil.*d.lib.3.c.19.nu.*151. resoluunt multi per Robles *de represent.lib.1.q.12.nu.*61. Y ningun Abogado de Consejos, o Chancillerias pondra duda en esta opinion, dum sit antiquo Lusitanorum liber errore. Num.13.

Que el fundamento de la Duquesa de Vergança cōtra el señor Rey Don Phelipe II. era q̃ la masculinidad podia ser representable, y que por ser falsa esta opinion, obtuuo su Magestad en la sucession de Portugal.

Concludimus igitur, que es error el dezir, que por representacion puede excluir Doña Aldonça a doña Leonor, pues aunque represente a su padre, no de tal modo q̃ le represēte, como cōstituido en aquella linea priuilegiada por qualidad cierta, que en la hija no se puede verificar. Est insignis *Alexandri Raudensis locus,* quem adducit Regens de Tapia *in additionibus ad Riueram respōso de successione Regni Portugaliæ, art.5.ad num.*143. *lit. C.* qui vt ipse refert, sic se habet: *Tamen hoc communitèr declaratur, vt non procedat, quando illa successio erat priuilegiata ob qualitatem aliquā eius, cui competebat, & hæredes illa qualitate priuilegiata carent, nam tūnc illud ius non transmittitur, sed euanescit.* Pues poco importa, q̃ lo represente, si no es con aquella calidad con q̃ excluia a la hermana, & argumento contrarij vtimur, pues si don Alvaro a no ser varon, fuera excluydo por doña Leonor, data huiusce ætate maiori, & vtriusq; sexus paritate, luego potiori iure à de ser excluyda la hija, por defecto de la masculinidad: *Esset enim portentū, monstrū seu prodigium dicere in ipsam patrem transmisisse virilem sexum: ideo priuilegiatam successionem, quæ patri ob qualitatem masculinitatis, vel ob conseruandæ agnationis rationem competeret, si viueret, non potest prætendere filia;* sunt cōsultissima verba Regentis de Tapia vbi sup. *art.4.ad num.*114.*lit.E.* Num. 14.

Adducūtur bona Raudensis & Tapiæ dicta, quibus allegata sat corroborantur.

Ergo la representacion de la ley de Toro no procede en este caso, ni puede por ella doña Aldonça taliter representar a su pa-

Num.15. *Que el señor don Iuan del Castillo, y Robles Salzedo, q̃ escriuieron despues de la Pragmatica, niegan que la masculinidad se represente.*

dre, vt masculum, quod Amittam excludat *ex principijs & doctrinis adductis*; ni la Pragmatica, quod ad nos nouitatis aliquid est, porque aunque sea tanta la fuerça de la representació, adhuc nec per Pragmaticam vllus aussus est dicere masculinitatem representari; y el señor Dō Iuan del Castillo *lib.4.controu.c.76.* y Robles, Salzedo *d.q.12.* que escriuieron despues de la Pragmatica, no se mueuen a pensar lo contrario, imo omnimodo qualitatem illam representari negarunt.

QVARTVS ERROR ADVERSARII.

Num.16. *Refutase la opiniō del contrario, que defiende que por no competir doña Aldonça con varō en la sucesion de este mayorazgo, no procede la resolucion de que la masculinidad no se representa.*

ET Qui ex anteriori originem trahit, porque nuestro cōtrario *en la respuesta a el primero fundamento* ingenuè fatetur masculinitatem non representari, diziendo q̃ nuestra opinion es la *mas cierta, y recebida*, sed animum prouocat la euasió q̃ propone, que la *question 12. de Robles*, se entiende quando la hembra compite con varon, *y que en nuestro caso no ay varon que compita con Doña Aldonça*, solutio certoquidém tanto indigna Iuriscōsulto, & quæ ipsis met verbis Robles, quæ refert, perit omninò, porque el titulo de la question es, *Representationis iure succedens an gradum, & sexum prædefuncti patris representet.* Y no ay que hazer caso del competidor, qui sexus huius vel illius sit, serà excluydo si la hembra representa la masculinidad de su padre, la qual tā imposible es se represente siendo el competidor varon, como siendo hembra, porque el sexo del contrario, ni puede dar diferencia a los terminos de la question, ni otra resolucion a la duda, ni posibilidad en la representacion de la varonia, mayormente, que en las mis-

Num.18. *Conuencese el contrario con las mismas palabras de Robles a quien cita.*

mas palabras que el contrario cita de Robles. *d.q.12.nu.1.* se vè q̃ la question es, o bié compita la que quiere suceder por representacion, con varon, o cō hébra, ibi: *Aut excludere vult amittam à successione*: & rursus *num.4.* donde proponiendo lo que se à de tratar en la question, dize: *Secundum, an neptis personam patris, & sic qualitatem masculinitatis, & sexum representare posit ad Patruū, & Amittam excludendos.* En que està pues la mala aplicacion desta doctrina al caso presente? nōné vitio, quod reprehendit, laborat Aduersarius? quanto peor aplicacion es defender, que la resolucion de que la masculinidad no es representable, solo se entiéda quando la cōpetencia es con varō, aduersus *Bartholi, Alberici, Molinæ, Castelli, Salzedi*, & cæterorum Patrū resoluciones, quas supra adduximus?

Y se

Y ſe haze mas abominable el error con la ſegunda euaſsion del contrario, que no ſatisfecho de la referida da otra: *Item*, ait, *aunque Doña Leonor de la Cerda fuera varon tampoco ſe pudiera tratar deſta queſtion, ni eſtauamos en los terminos della, como conſtituyera tercera linea, reſpeto de don Aluaro, y fuera menor en edad, q̄ el como la conſtituyò Doña Leonor, no embargante ſer mayor en edad por razon del ſexo.* Las quales palabras ſon expreſſa, y derechamẽte contrarias a la conſtitucion del vinculo, y al llamamiẽto de los varones, porque ſi fuera varon Doña Leonor de la Cerda (aunq̄ fuera menor en edad que don Alvaro) no pudiera competir con el doña Aldonça, ni conſtituir linea don Alvaro (no dexando deſcendiẽtes varones) en que pudieſſe ſu hija excluir al hermano ſegũdo. Clauſulæ verba repetam: *Y deſpues de vos vueſtro hijo mayor legitimo de legitimo matrimonio, auido, y procreado, y deſcendientes varones legitimos del, prefiriendo el mayor al menor: y aſsi de vno en otro en todos vueſtros hijos varones, y deſcendiẽtes varones dellos: y a falta de hijos varones, y deſcendientes varones dellos, ſucedan las hijas.* Como pues auia de ſer excluyda Doña Leonor, ſiendo varon? como doña Aldonça, teniendo tio, podia ſer admitida ſiendo hembra? como don Alvaro auia de conſtituir linea, para que ſus deſcendientes ſucedieran con excluſion de varon, faltandoles la maſculinidad, mediante la qual el ſe auia introduzido en la linea de varones? de que ſe conſigue que eſta allegacion la hizo nueſtro contrario, oluidado totalmẽte de la clauſula, y calidades della, y alterando las reglas ordinarias, y fundamentos ciertos de eſta materia. Num. 18.

Que a ſer varon Doña Leonor, aũque fuera menor en edad, que Don Alvaro, tenia llamamiento expreſſo con excluſiõ de doña Aldonça.

QVINTVS ERROR ADVERSARII.

QVintò diſsimulationem non patitur error fundamenti aduerſarij, que llama *primo primo*, es dezir con el exemplo del concurſo de acreedores, que la forma de graduar a los opoſitores en la ſuceſsion del mayorazgo, es mirar *primero la linea, lo ſegundo el ſexo, lo tercero la edad, lo quarto el grado*; miſſerrimè labitur, porque el grado es el que ſe ha de conſiderar primero que la mayor edad, porq̄ entre los dos opoſitores non eſt quærendũ de maiori ætate, ſi diſpar gradus eſt, porque el mas cercano, aunque menor en edad excluirà a el vlterior. Optimè Molin. *lib.* 3. *de Hiſp. primog. cap.* 4. *num.* 14. ab ipſo contrario laudatus, non viſſus, ait enim: *Secundò conſiderandus eſt gradus, vt qui ſunt poſſeſſori magis coniuncti præferantur remotioribus.* & ſtatim: *quarto conſideranda eſt* Num. 19.

Que en la ſucceſſion del vinculo de Gonçalo Suarez primero ſe á de mirar el grado q̄ la edad, y fundaſe del miſmo lugar, que para lo contrario ſe trae en el informe de Doña Aldonça.

ætas

ætas, vt inter pares linea, gradu, & sexu, maior natu præferatur minori. Et quis de hoc dubia fecerit? y mas atentó el llamamiento, y forma de la dicha clausula.

Num. 20. *Alterius loci Molinæ intellectus.*

Pero bien pudiera ser, que primero se considerasse el sexo, y la mayor edad, que el grado, quod à testatoris voluntate accipiendũ est, & sic intelligitur Molina *lib. 3. c. 6. n. 50.*

Rursùs quia (vt suprà diximus) en este caso nõ est linea de qua inspectio facienda sit, porq̃ dõ Alvaro fue varon, y como tal invitado en el llamamiẽto de varones, y asi en la sucession deste mayorazgo no se à de hazer caso de linea que constituyesse don Aluaro, para excluyr a su hermana, sino de aquella calidad de varonia, mediante la qual era admitido con exclusion de ella. Es discurso del señor Molina *d. lib. 3. cap. 8. nu. 8.* porq̃ en el llamamiento, que hizo Gonçalo Suarez *de Gonçalo Suarez su hijo, y sus hijos varones, y descendiẽtes varones dellos,* solo miró a aquella calidad de masculinidad, quam simili priuilegio, & prælatione donauit, *non enim huiusce maiorus* (ait Molina) *institutor tam lineæ, & gradus propinquitatem, quàm masculinitatem, & agnationem considerasse voluisse censendus est, quæ masculinitatis qualitas non potest à nepte representari.* El señor Don Iuan del Castillo. *d. lib. 5. c. 93. n. 21.* ibi: *Et ita non est curandum de proximitate gradus, & lineæ, nisi inter illas personas in quibus adest hæc prærogatiua;* & concludit, *quod linea quæ prærogatiuam illam secundum maioratus institutionẽ non habet, vel in qua non reperitur prærrogatiua, non attenditur.*

Num. 21. *Quòd quãdo masculi sũt vocati, ita vt ad masculinitatem respexisse videatur testator, non est inquirendum de linea, vt regulariter in cæteris vocationibus.*

Y ya queda fundado, que faltando en Doña Aldonça la causa de predileccion, mediante la qual obtuuiera este vinculo don Aluaro, aunque le represente, no deue ser admitida, y que Don Aluaro no pudo constituir linea predilecta, tal que por ella sus hijas excluyan a las de Gonçalo Suarez, primero llamado, y q̃ no quiso excluyr el testador sus nietas hijas de su hijo por admitir a las hijas de su nieto.

Num. 22. *Que en este mayorazgo ay principalmẽte dos grados q̃ oppositores, el primero de todos los varones descendientes de varones, y el segũdo de las hẽbras.*

Y se retuerce el argumento contrario, porque en este mayorazgo ay dos grados (sub quibus cæteri degunt) en el primero estan graduados los descendiẽtes varones de los hijos varones de Gonçalo Suarez, y hasta que todos estos estẽ extinctos, no se admitirã las hembras, a las quales se le dà el segundo grado, y en el seràn graduadas conforme a la clausula, atenta scilicet proximitate, & ætate maiori. Molina. *d. lib. 3. c. 4. nu. 12.* ibi: *Ex quibus consequitur fœminam in primogeniorum successione semper ad instar secũdi*

gradus

gradus masculo eiusdem lineæ gradus extante reddigẽdam esse: y trae el *consejo* 164. de Paulo de Castro *num.* 18. *lib.* 2. quod quotidie solet esse in ore aduocatorũ, vbi dicitur: *In maioratus successione fæminam ad instar secundi gradus redigi masculo existente.*

Pues supuesto que se acabó la linea de los varones, y que à de suceder la linea de las hembras, no se harà caso de q̃ dõ Alvaro si viuiera pudiera excluyr a la hermana, sino solo se ha de mirar al llamamiento, y que por el tienen mejor grado las hijas de Gonçalo Suarez, primero llamado, acabada la linea de sus hijos varones, y descendientes varones dellos: Ex omnibus iuris, & rationis iactis fundamentis.

Sed antequam hinc abeamus, scrupulum remouendum est, vt res omnino in tuto relinquatur, es a cerca de la illacion, que el contrario saca del dicho su fundamento, *que para buscar sucessor a don Gonçalo de Zuñiga, vltimo posseedor, en primero lugar auemos de buscar la linea inmediata, y esta es la de don Aluaro de la Cerda.* Este es error conocido, porque la linea que aqui se à de considerar es la del mesmo don Gonçalo de Zuñiga, vltimo posseedor, en la qual saltim contentiuè, vt interpretes aiũt, se halla doña Leonor de la Cerda por ser su hermana, y assi quando por el llamamiento expresso no sucediera, auia de suceder por ser de la linea del vltimo posseedor, la mas conjunta a el en grado de parentesco, y la mayor en edad. Num. 23. *Conuencese la illacion del contrario, de que muerto don Gonçalo sea la linea inmediata la de don Aluaro de la Cerda en sucessiõ deste mayorazgo.*

Para fundar esto se deuen suponer los principios de aq̃lla question, que el señor Luys de Molina trata *lib.* 3. *cap.* 9. per totum *Proximitas in maioratus successione vtrum respectu institutoris, in vltimi possessoris consideranda sit?* Y el primero presupuesto deste grauissimo autor, es que esta question no procede, quando el vltimo posseedor dexa descendientes, porque estonces sin dificultad los descendientes han de suceder por dos razones, la primera de la *ley cum auus* 102. *ff. de cond. & demonst.* porque por el mismo caso que prefirió al vltimo posseedor el instituydor, parece auer preferido a sus descendientes. La segunda, por la comun regla de mayorazgo, q̃ dexò fundada en muchos lugares, præsertim *illo libro* 3. *c.* 4. *n.* 14. que en auiendo entrado en la sucession vna linea, se ha de acabar primero que otra tenga lugar, porque no se deue conceder transito de vna a otra. hæc ille satis doctè *d. c.* 9 *nu.* 1. Num. 24. *Como se á de considerar la proximidad de parentesco al vltimo posseedor?*

Lo segundo se supone, que para deferir la sucession se à de cõsiderar el tiempo de la vacante del mayorazgo *l. intercidit* 59. *ff. de* Num. 25. *Quod sit inspiciẽdũ dellatæ successionis tempus.*

E

de cond. & demonſ. l. non oportet 52. *ff. de leg.* 2. Molin. *lib.* 1. *de Hiſp. primog. cap.* 13. *nu.* 37. & *lib.* 2. *c.* 13. *n.* 16. & *lib.* 3. *c.* 2. *n.* 16. plures cũmulat Caſtellus *controu. lib.* 3. *c.* 15. *ex num.* 2. & *lib.* 5. *c.* 90. *nu.* 2.

Num. 26. *Que para eſtar en los terminos de la queſtion propueſta, auia de auer ſucedido don Alvaro en el dicho mayorazgo.*

De que ſe deduzen dos concluſiones fauorables, la primera, q̃ ſi don Alvaro huuiera ſucedido en eſte mayorazgo, pudieramos por las razones ponderadas dificultar, ſi doña Aldõça por ſer deſcendiente del vltimo poſſeedor, y por auer ſu padre ya aprehendido la ſucesſiõ del mayorazgo cõ excluſion de la hermana, auia de excluyr a la tia, in qua quæſtione (de qua deliberandum dixit Molina *lib.* 3. *c.* 5. *nu.* 27.) licet aliqui pro filia vltimi poſſeſſoris reſponderunt, alij fæminæ propter eum antea excluſæ præſtitere ſententias, vt refer Fontan. *de pact. nup. clauſ.* 4. *gloſſ.* 25. *nu.* 19.

Num. 27. *Que auiendo muerto antes de la vacante del mayorazgo don Aluaro de la Cerda, no pudo cõſtituir linea tal, que ſus deſcendiẽtes hembras excluyeſſen a la hermana.*

Pero no auiendo ſucedido don Aluaro, ni alcançado la poſſeſſion del mayorazgo, antes auiẽdo vacado eſte por muerte de Dõ Gonçalo de Zuñiga, ſe admitirà doña Leonor, o por mas cercana al poſſeedor, o por mayor en edad, concediendole a doña Aldonça, que en quanto al grado repreſente a ſu padre, & ſic pro ſorore vltimi poſſeſſoris, qui deſcendentes non reliquit, pronunciarunt ad Molinam Additionatores *d. lib.* 3. *c.* 5. *nu.* 72. Ergo no ay q̃ conſiderar ſer la linea inmediata la de don Aluaro, ſupueſto, que aũque ſi fuera viuo, auia de ſer admitido como varõ, auiendo muerto ſin deſcendientes varones, no pudo cõſtituir linea para las hẽbras con excluſion de la hermana, no auiẽdo el entrado en la ſucesſion del mayorazgo, cũ tunc defficiant extrema hoc eſt, quod *admiſſa cenſetur eo ipſo quod pater eius ſucceſſit in maioratu excludẽs omnes vſque quod defficiant, qui ex linea illa procedunt.* & quod *reuerſionem ad aliam lineam quo vſque poſſidens linea ſit extincta ratio iuris, neque maioratus natura patitur.* & quod *proximitas reſpectu vltimi poſſeſſoris expectanda eſt.*

Num. 28. Diſtinctio Molinæ quod quis cõſtituit lineam, vt primogenitus, & tũc ex lege Tauri deſcendentibus lineã relinquit cum excluſione ſecũdo geniti, aut agitur de linea vltimi poſſeſſoris, & neceſſariũ eſt, quod ſucceſerit.

Nec toties repetita *lex* 40. *Tauri* nobis obſtat, porque fuera de las interpretaciones, y entendimiento que le emos dado, aqui dõ Aluaro vt *maſculus* non potuit conſtituere lineam tali prærogatiua donatam, vt *Primogenitus*, neutiquam, cum ipſe fuerit vltimo genitus, vt *inuitatus ad ſucceſsionem*, minime gentium, *cum nõ dicatur efficere lineam, niſi ille qui in maioratu ſuceſſit*, vt conſiderat Molin. *d. l.* 3. *c.* 6. *nu.* 35. y aſsi pudo don Aluaro tranſmitir en ſu hija la qualidad de primogenitura, y por eſta fuera repreſentable, y hiziera linea ex ipſa *l.* 40. *Tauri.* vt conſiderat Molina, pero primogenito no lo fue, como varon no es repreſentable, y como llamado,

do, no aprehendio la possession, ex quo lineā constituere non valuit; y la que se puede considerar auer dexado, es para despues de acabada la linea, y descendientes de doña Leonor de la Cerda, porque la facultad q̄ por ser varon tenia don Aluaro para excluyr a la hermana, falta a doña Aldonça, ex dictis suprà quæ corroborantur a Fusario *tractatu de fideicomm. subst. q. 484. præcipuè nu. 2.* ibi: *Sexto sicuti masculinitas non trāsit in filiam vltimi defuncti pariter non poterit transire facultas excludendi fœminam proximiorem testatori, quæ fuerat exclusa ab alio tanquam masculo, ex doctrina Barth. in l. liberorum, nu. 13. ff. de verb. signif. Salic. in l. 2. C. de in ius vocando. Iass. cons. 221. col. 3. lib. 2. & in d. l. 2. nu. 6. C. de in ius vocand. cum alijs citatis à Menoch. d. cons. 957. n. 15. & seqq. quia volūt, quòd si statutum excludat fœminas propter masculos, & extet filia testatoris, & neptis ex filio præmortuo, quod neptis non excludet filiā, quia illa non habet qualitatem masculinitatis, quæ erat in patre suo à quo filia fuisset exclusa, si ille viuus fuisset.*

Septimo fœminæ non sunt omnino exclusæ, sed solum suspensæ à successione extantibus masculis, remoto autem impedimento masculorum remanet liber succedendi locus fœminis. & cætera valdé bona.

La segunda conclusion es, que Doña Leonor no fue excluyda de la sucession deste mayorazgo por don Gōçalo, vt fœmina, porque siendo el primogenito, tuuo la primera causa en la sucession, muriendo don Gonçalo, la tiene doña Leonor, porque aunque huuiesse auido otro hijo varon, *placet sufficere in ea necessitudine tùnc esse, quandò dies legati cessit.* text. in *l. interuenit 24. ff. de leg. 1. præst.* porque vt inquit Molina *lib. 2. c. 13. nu. 16.* sat benè in suo casu: *quod probabile mihi videtur, dummodò tempore dellatæ successionis, vèl post illam dellatam cum alia aduersùs institutoris voluntatem contrahat: non enim à maioratus succeßione excludendus erit ex eo quod antea cum alia contraxerit, si tempore dellatæ successionis iam prima mulier deffuncta sit, cum conditiones sempèr tempus mortis præcedentis possessoris, atque dellatæ successionis respiciant.* Al tiempo de la muerte de don Gonçalo se ha de mirar si ay varon que excluya a doña Leonor, y auiendo muerto dō Aluaro, ella deue ser admitida, sin que le embaraze la masculinidad del hermano, q̄ murió antes, y que como varō no es representable: optimè Molina *allegatis locis*, Dom. Iuan del Castil. *d. lib. 5. cap. 90. nu. 21.* ibi: *Quod qualitas à testatore expressa, & ad succedendum requisita præcisse adesse debet eo tempore quo succeßio deffertur, aut dies successionis,*

Num. 29. *Pulcher Molinæ casus, quod qualitas exclusiua debet adesse tempore dellatæ successionis, nec sufficit si antea extiterit dum tùnc non permaneat.*

nis,

nis, siuè vocationis venit, nec sufficit eam anteà extitisse, si tunc cesset & in comprobationem more solito glomerat multa.

Num. 30. Mayormente que el instituydor llamó a *Gonçalo Suarez, y a sus hijos varones, y descendiẽtes varones dellos,* y en defecto destos a las hijas, que se han de entender las de Gonçalo Suarez, con quiẽ hablaua, y a quien se dirigia la vocacion, vt sat est dictum, quibus vt scopum reseruaui *Consilium 23. Ludouici de Casanate,* dõde en mas apretados terminos, scilicet si huuiera entrado en la sucessiõ don Aluaro, responde por su hermana excluyendo a la hija, porq̃ el llamamiẽto era como el deste mayorazgo: *Et in hoc cassu versamur, nàm ferè expressè vocantur filiæ, & descendentes fæminæ Dõ Petri de Aragon disponentis cum verbis rellatiuis ad personam ipsius Don Petri: quod sic ostendo: nam in hac clausula contentiossa primo vocantur hijos, y descendientes varones del dicho señor Don Pedro, ecce vbi inter masculos sunt expressa verba rellatiua ad D. Petrum disponẽtem. Et statim subijcitur: y a falta de varones nullis expreßis rellatiuis, & tamen intelligitur de masculis Don Petri, de quibus proximè, & immediatè in eadem oratione loquutus fuerat. Sic dum statim subijcitur: en hembras de mayor en mayor debet intelligi de fæminis D. Petri prout proximè, & imediatè in masculis expreßit, ita vt quemadmodum in masculis expreßit: hijos, y descendientes varones del señor Don Pedro, sic quoque in fæminis censeatur dixisse hembras descendentes del dicho señor Don Pedro, nã hæc clausula contentiossa continet vnicam tantum orationem, quæ tota regitur, & componitur ab illo vnico verbo, vengan, & peruengã, quo cassu illa qualitas rellatiua ad D. Petrum hijos, y descendientes del dicho señor Dõ Pedro expressa in masculis in vna parte orationis comprehendit quoque, & afficit fæminas in eadem oratione comprehẽsas, & copulatas.* Et prosequitur magis ad rem: *Alioqui nisi restringatur substitutio fæminarum simpliciter, & indeffinitè cõscripta ad fæminas D. Petri, censerẽtur vocatæ omnes fæminæ mundi, quod est rediculum: si vero restringatur ad fæminas descendentium masculorum censerentur exclusæ filiæ fæminæ ipsius D. Petri, quod est absurdißimum, vt per plura ostẽdit Gabriel dict. consil. 96. lib. 1. vnde intelligi debet de quibuscumque fæminis D. Petri tam proximis, quàm remotis, & sic prius de filiabus D. Petri, postea de vlterioribus de maiori in maiorem. ex d. §. in fideicom. cum alijs suprà.* Y assi se ha de entender, que la primera causa en esta sucession, es de Doña Leonor de la Cerda.

Additur allegatis Consilium Casanate, en que se halla el mismo llamamiento, y en mas apretados terminos de auer sucedido don Alvaro, se defiende q̃ doña Leonor por hija de el primero llamado á de excluyr a doña Aldonça.

CAP.

CAP. III.

Que Doña Leonor por ser mayor en edad, y hija legitima de Gonçalo Suarez deue ser preferida a Doña Aldonça, menor en edad, y legitimada por matrimonio subsiguiente.

PRevalece tambien Doña Leonor de la Cerda en las dos calidades, porque (concedida la paridad de grado) tiene mejor causa en la sucesion del dicho vinculo: la primera es ser mayor en dad, a que atẽdió el testador mucho en las palabras de la clausula, ibi: *Precediendo siempre en la via masculina, y en la femenina el mayor al menor.* Aqui se hallan en ygual grado las oppositoras, y en la misma linea contẽtiua del vltimo posseedor, y assi es precisso que obtenga la mayor. text. *in l.2.tit.15.p.2.* ibi: *Sino el hijo mayor*, quæ licet in successione Regni loquatur, *similiter etiam procedit in maioratuum successione, in qua semper præferri debet maior natu omnibus in eodem gradu, seu linea existentibus.* Verba Domini Ludouici de Molina *lib.1. cap.3. num.7.* & passim *eodem tract.* præsertim. *lib.3. cap.1. & 2.* Dom. Castil. *dict. lib.5. c.160.* Mayormẽte, que las palabras de la clausala referidas, libran el caso de disputa.

Num. 1. *Que tanto en fuerça de palabras del testador, y de su voluntad, quanto en terminos de la disposicion de derecho, como mayor en edad deue excluir doña Leonor a doña Aldonça.*

La segunda calidad es, ser Doña Leonor *legitima, de legitimo matrimonio, auida, y procreada*, requisito que es necessario en la sucesion deste mayorazgo, y que totalmente falta en Doña Aldonça, porque fue auida de aquella amistad illicita, y escandaloso amancebamiento, que con Doña Iuana de Salazar tuuo dõ Alvaro de la Cerda, y aunque duró tantos años, nunca pudo alcançar doña Iuana palabra, ni efecto de matrimonio, y si le contraxo don Alvaro, fue en los vltimos instantes de su vida, en que las persuasiones importunas de doña Iuana solicitaron el cõsentimiento de don Alvaro en el articulo de su muerte, que auia sido imposible obtener en el discurso de la vida.

Num. 2. *Que doña Leonor es legitima de legitimo matrimonio auida, y procreada, de que carece doña Aldonça.*

La question es tratada por tantos authores, vt fastidium generare credamus, si ex professo discursus instruatur, cum Authorum & grandis, & frequens sit copia, en cuyo numero los de mas letras, los que disputaron la question, los que escriuen los fundamentos de derecho, ex maiori parte nobis auxiliantur, refiriendo tãtas executorias de los mayores tribunales del mũdo en fa-

Num. 3. *Que la legitima deue excluir a la legitimada per subsequẽs ex fundamẽtis, & autoribus remissiuè propositis.*

uor

uor de Doña Leonor, y contrarias a la dicha doña Aldonça, vt si illis sit defferendum, habemus intentum. Inter plures refferam modernos, quibus & Doctores & iuris fundamenta longa serie, & describuntur, & allegantur. Peregr. *tract. de fideicommiss. tit.* 24. *& consil.* 1. Fachin. *lib.* 4. *controu. cap.* 54. *& lib.* 10. *cap.* 71. Thesaur. *decis.* 196. D. Castil. *lib.* 2. *controuers. cap.* 11. *num.* 42. *& lib.* 4. *cap.* 31. Additionatores *ad Molinam dict. lib.* 3. *cap.* 1. *nu.* 10. & nouiter Modernus qui *de legitimatione per subsequens matrimonium* scripsit, & ex antiquioribus, & recentioribus sat cõsulté nostram opinionem deffendit.

Num. 4. *Ponderanse en fauor de doña Leonor las leyes de Partida, y Toro, con otras razones concluyentes.*

Y verdaderamente que auiendo de ser el llamado *hijo legitimo de legitimo matrimonio auido, y procreado*, como dispuso el testador, no tiene derecho Doña Aldonça, pues la subsequencia del matrimonio de sus padres no pudo obrar, que ella naciesse legitima: opt. tex. *in l.* 1. *tit.* 13. *part.* 4. ibi: *Estos hijos a tales no son legitimos quando nacen.* Y siendo diferentes terminos, o hijos legitimos, auidos, y procreados de legitimo matrimonio, o hijos auidos de copula illicita, y prohibida, y deshonesta, legitimados por la subsequencia del matrimonio, vt distinguit *l.* 12. *Tauri*, ibi: *Ouieren algun hijo, o nieto descendiente legitimo, o de legitimo matrimonio nacido, o legitimado por el subsiguiente matrimonio.* Sin duda habló el testador de los primeros, y con el rigor de las palabras referidas excluyò a los segundos; pues aquellas preposiciones denotan, que la calidad ha de interuenir en el nacimiento, y en el instante que de illicito concubitu egressa est illa, perdidit ius succedendi; y las palabras de Gonçalo Suarez se han de entender, vt naturaliter sonant, no en sentido ciuil, ni el efecto del matrimonio subsequente puede hazer natiuidad legitima, la que fue illicita y prohibida, ni tiene fuerça la ficcion en este caso, y mas en perjuyzio del substituto, ni se dà potencia para lo preterito. Hæc & alia Authores *locis suprà laudatis.*

Num. 5. *Refutanse las cõsideraciones de el cõtrario sobre las palabras de la clausula, y deduzesse dellas que deue ser excluyda doña Aldonça.*

Gasta el contrario vn pliego de su informe en disputar si Doña Aldonça es comprehendida en las palabras de la clausula, scilicet *legitimo de legitimo matrimonio auido, y procreado*: quod parui negotij est, & labor inutilis, vel, vt aiunt, infaustum oleum. Porque hablãdo con el primero llamado, pone el testador aquellas calidades: *Y despues del a su hijo mayor legitimo de legitimo matrimonio auido, y procreado*; y concluyendo el llamamiento, acaba la clausula diziendo: *Y si de vos el dicho Gonçalo Suarez mi hijo legitimo*

gitimo no quedaren varones, ni hembras, legitimos de legitimo matrimonio auidos, que (conforme a lo que dicho es) sucedan en los dichos bienes, los aya Diego de Viruez mi hijo legitimo: con lo qual bien claro es, que en todos los descendientes de Gonçalo Suarez, primero llamado, quiso el testador que concurriesse la calidad de ser legitimos de legitimo matrimonio auidos, y procreados, pues es todo vna oracion, que se rije del verbo *succedan*, con que quando no huuiera la vltima parte *de legitimo matrimonio auidos, que (conforme a lo que dicho es*, scilicet qualitates, ordinem, & requisita) *sucedan, &c.* la calidad se deue entender repetida en todas las substituciones contenidas en la dicha clausula, porque en todas vence vna misma razon. *l. si purè.* 54 *ff. de leg.* 3 *l. Auia* 77. ibi: *Conditionem emancipationis repetitam videri placet. ff. de cond. & demonstr.* secundum intellectum communitér scribentium *in dict. l. Auia* 77. porque no dandose razon de diferencia, y entendiendose de la clausula, que la voluntad del testador fue de disponer lo mismo en los substitutos vlteriores, que auia dispuesto en los primeros, y rigiendose de vn mismo verbo la oracion, legitimè concludendum est, que la dicha Doña Aldonça auia de ser *legitima de legitimo matrimonio auida, y procreada*, para obtener en la sucesion deste mayorazgo. Ex traditis ab authoribus quos citat Molina *de Hisp primog. dict. lib.* 3. *cap.* 5. *ex num.* 56. & quæ *ibi* cummulant Additionatores *vsque ad num.* 60. D. Castil. *lib.* 2. *controuers. cap.* 4. *per totum.* benè Mantica *de coniect. libro* 6. *tit.* 13.

Num. 6. *Que las calidades puestas en los institutos se entiēdē repetidas en los substitutos, quādo eadē ratio viget, nec vlla commoda datur differētiæ, vel ab vno verbo regitur oratio, vel sic coniecturatur ex mente testatoris.*

Minus fœliter procedit Aduersarius en refutar el alegado de Doña Leonor, en que le opone, que no se casó conforme a la clausula del testador, scilicet præhabito consilio parentum. Y assienta que esta condicion, vt impeditiua matrimonij es nulla, alegat Molin. *lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 35. hisce non moror, quamvis distinctio *Molinæ* in quà *Cæteri* sunt es legitima, scilicet, quod licet non abstringatur succedens consilium parentum sequi, accipere tamen debet, eisque consulere, & saltim in hoc instituenti obedire. Lo que no hizo Don Alvaro, ni consultó a sus padres, ni aun consigo mismo deliberò el caso, antes siempre estuuo en lo contrario.

Num. 7. *Que por la clausula del instituydor denio don Aluaro consultar su casamiento, & de intellectu loci Molinæ.*

Pero para lo que mas se trae esta clausula, es para probar que la voluntad del testator, fue vn zelo Christianissimo de escusar amistades illicitas, y deshonestas, para que dellas no resultassen efectos

Num. 8. *Que la dicha clausula se alega por doña Leonor para verificar, que la*

volūtad del testador fue de excluyr los legitimos per subsequens.

efectos tan contrarios a su disposicion, por esso mandó, que el que se quisiesse casar, hiziesse la dicha diligencia, que si la hiziera Don Alvaro, y tomasse consulta en este negocio, Doña Aldōça se huuiera quedado con la calidad de natural, ni su madre huuiera gozado de la subsequencia del matrimonio. Deducitur voluntas ex verbis testatoris, ibi: *Por tanto porque mas a seruicio de nuestro Señor, y prouecho suyo tome el tal estado, &c.* Thesauri sunt aurea verba *decis.* 196. *numer.* 4. ibi: *Videtur enim testator eos voluisse admittere, qui in vero matrimonio, & sine macula peccati mortalis procrearentur, quod non est in talibus, qui in peccato mortali concepti sunt.* Et credendum est, quod testator odio habuerit a la dicha Doña Aldonça, auiendo sido no solo auida de aquella amistad illicita, pero educada, y procreada en aquel trato deshonesto, y prohibido de sus padres. Optimé Socin. Iun. *consil.* 39. *num.* 42. *volum.* 3. Hypolit, Rimin. *consil.* 222. *num.* 60. ni la legitimacion por la subsequencia del matrimonio quita el fundamento de la mala opinion, que abominò el testador, y quiso faltasse en los sucessores de su mayorazgo. Marta *de successione legali. p.* 1. *q.* 18. *art.* 3. *num.* 11. & hæc *Modernus.*

Num. 9. *Adducitur in faborē Leonoræ Thesauri locus quem contrarius allegat.*

Num. 10. *Ex altis iuris fundamentis, quæ præposui, infertur eis debere esse conforme iudicium.*

Diximos que quando Doña Aldonça represente a su padre, obtendra el grado de parentesco que el tenia con Don Gonçalo de Zuñiga, q̄ es el mismo de Doña Leonor de la Cerda, pues todos tres son hermanos, hijos de Gonçalo Suarez; fundamos, que aunque siendo viuo Don Alvaro excluyera a Doña Leonor de la sucesion deste mayorazgo por ser varon, no asi tiene esta facultad su hija, porque si alguna adquiere, es por representacion, y es imposible que la masculinidad se represente; probamos que aunque por las leyes de Partida, y Toro, y por la Pragmatica del año de 15. pueda representar a su padre en todos los casos, tiempos, y lineas Doña Aldonça, no obtiene en esta sucesion, porque estas leyes no permiten el imposible de representarse la masculinidad; alegamos que constituyò Don Alvaro linea (como la constituyen los hermanos) pero no predilecta, ni exclusiua de las hembras, no dexando el varones descendientes, que por su sexo causassen la exclusion. Assentamos, que doña Leonor por hija del primero llamado, porque faltan hijos varones del susodicho, porque en su muerte expiró el primero llamamiento, porque en la substitucion segunda tiene la primera causa, y porque fenecidos los varones fue ella la predilecta,

es

es inmediata ſuceſſora a Don Gonçalo; conuencimos de inciertas las alegaciones de Doña Aldonça, y de ninguno el fundamento de ſu oppoſicion; concedimosle, que tiene la linea de ſu padre, no qualificada con la prelacion excluſiua; no dudamos que ſi huuiera entrado en la ſuceſsion deſte vinculo Don Alvaro de la Cerda, tuuiera color la pretenſion de ſu hija a no eſtar el llamamiento en fauor de Doña Leonor de la Cerda. Moſtramos, que por la mayor edad, quando falte lo demas, deue preualecer Doña Leonor; concluymos, que por ſer auida de illicito trato Doña Aldonça, deue ſer excluyda, y confirmamos ſer eſta diſpoſicion clara del taſtador, y por eſtas razones eſperamos que obtenga en ſu pretenſion Doña Leonor con excluſion de ſu ſobrina. Salva in omnibus V. D. C.

Lic. D. Diego de Cuellar Velazquez.

Lic. D. Franciſco Ortiz de Godoy.